282

21°



APVNTAMIENTOS

POR PARTE DE IVAN NVÑEZ de Villafuerte, vezino de la Ciudad de Anduxar, Administrador del Vinculo que possee D. Antonio Alvarez, residente en Indias en la Ciudad de el Cuzco, Cabeça de el Reyno de el Pirù.

En el pleyto,

CON D. ELVIRA DE LOS RIOS hija, y heredera de Diego de los Rios, vezino que fue de dicha Ciudad, y don Francisco de Vera, vezino, y Ventiquatro de la Ciudad de Iaen, como marido, y conjunta persona de doña Agustina de los Rios, nieta, y heredera del dicho Diego de los Rios.

Impressa en Granada, En la Imprenta Real de Baltasar de Bolibar, en la calle de Abenamar. Año de 1665.

N.1. A Pretenſion de Iuan Nuñez de Villafuerte, es, que V.S. à de ſer ſeruido de confirmar la ſentencia de viſta en quanto por ella ſe reuocò la de remate, pronunciada por el Inferior, ſupliendola, y enmendandola en quanto por via ordinaria ſe condenò á eſta parte en la cantidad porque ſe deſpachô el mandamiento de execucion, que fue por treynta mil ſeiſcientos y ochenta y dos reales de plata.

2 ¶ Et cum ex minima facti mutatione totum ius mutetur. Alciat. *in l. natura cabilationis.* Mario Giurb. *in proœmio ad conſuetudines Meſanenſes, num.*8. A parecido (para mayor claridad, y inteligencia de la juſticia que le aſsiſte à eſta parte) el poner con la certidumbre, y legalidad que ſe deue el hecho deſte pleyto, ſin que los obſcurezca la breuedad que afectare.

3 ¶ El Capitan don Antonio Alvarez, vezino de la ciudad de Anduxar, y reſidente en la del Cuzco, cabeça de los Reynos del Peru, en ſu teſtamento, debaxo de cuya diſpoſicion murió, dexò por ſus herederos vniuerſales à don Pedro Alvarez de Hinojoſa ſu hijo mayor, y ſuceſſor en el vinculo que el dicho don Antonio Alvarez poſſeia en la ciudad de Anduxar, doña Maria de Hinojoſa, y à doña Marina Alvarez de Hinojoſa ſus hijos, reſidentes en la miſma ciudad del Cuzco, como conſta del teſtamento que eſtâ inſerto en la eſcritura, de que ſe harà mencion en el ſiguiente numero.

4 ¶ En la dicha ciudad del Cuzco en diez y ſiete de Nouiembre de *169.* los dichos don Pedro Alvarez de Hinojoſa, doña Maria de Hinojoſa, y Antonio de Ergueta Rebolledo, como marido, y conjunta perſona de la dicha doña Marina Alvarez de Hinojoſa, dieron poder en cauſa propia â Diego de los Rios, reſidente en la dicha ciudad del Cuzco, para que de los bienes vinculados, y libres que en la ciudad de Anduxar heredaron por fin, y muerte de

dicho

dicho don Antonio Alvarez su padre, cobrasse tres mil y seiscientos ducados de Castilla, de valor cada vno de trecientos y setenta y cinco marauedis de la moneda vsual de Castilla, por auer recebido los susodichos del dicho Diego de los Rios tres mil y seiscientos pesos de plata, ensayada, y marcada, de valor cada vno de quatrocientos y cincuenta marauedis, y auer dado à peso ensayado por ducado de Castilla, como se acostumbra. Y que si dentro de quince dias de como requiriesse el dicho Diego de los Rios en la ciudad de Anduxar à los administradores de dichos bienes, con la escritura no pudiesse efectuar la cobrança, tomasse en si la administracion de los dichos bienes, hasta tanto que se hiziesse entero pago de los dichos tres mil y seiscientos ducados de Castilla, con diez y seys reales de salario en cada vn dia, y para ello pudiesse tomar cuentas à los administradores, y hazer las diligencias judiciales, y extrajudiciales para dicho efeto: escritura *fol. 100. B.* hasta el *fol. 122. B.*

5 ¶ En primero de Enero de 1638. otorgô su testamento, debaxo de cuya disposicion muriô el dicho Diego de los Rios, en el qual dexò esta clausula: *Declaro, que en poder del Padre Antonio Martinez, Retor de la Compañia de IESVS desta ciudad, dexo vn papel cerrado, y sellado de mi nombre dentro, y fuera, y dicho sobre escrito dize assi: Clausula de vn testamento cerrado, y otorgado por mi Diego de los Rios, que queda sellado, y cerrado en poder del Padre Antonio Martinez, Retor de la Compañia de IESVS desta ciudad de Anduxar. A de ir sucediendo en los demas Padres Retores del dicho Colegio, la qual no se à de abrir hasta despues de mi fallecimiento: y encargo la custodia, y el irle dexando à los demas Padres Retores, hasta que la voluntad de Dios sea de me lleuar; y en este papel dexo escrita mi voluntad. En quanto à vnas partidas de las cuentas de la administracion de los bienes de los herederos de el Capitan Antonio Alvarez, mando, que lo en el* con-

contenido se guarde, y execute, sin que sea necessario mas aprouacion que declararar el Padre Retor que à la sazon fuere, que aquel es el dicho papel, y su voluntad. Testamento *fol.* 180. *B.* Clausula *fol.* 192.

6 ¶ Y auiendo muerto el dicho Diego de los Rios, y puestose la cedula que quedaua en poder del Padre Retor de la Compañia en el oficio de Manuel Berdejo, escriuano Publico, y del Numero de la dicha ciudad, à pedimento desta parte se presentò vn traslado con citacion de la contraria en este pleyto.

7 ¶ Y en dicha clausula el Diego de los Rios haziendo relacion de los poderes referidos, y de como auiendo requerido al administrador de los bienes, para que le hiziesse pago de su credito, y que por no auerlo conseguido escriuiô â la ciudad del Cuzco à dichos deudores para que le remitiessen los tres mil y seiscientos pesos, porque por hallar la hazienda muy cargada de deudas, y ser necessario formarse concurso de acreedores, no auia efetuado su cobrança, y que los dichos deudores le remitieron segundos poderes para que administrasse su hazienda, y se hiziesse pago de ella con diez y seis reales de salario cada dia, dexandolo todo diferido â su juramento, y que en virtud de dichos poderes auia entrado en la administracion; y assimismo como le auian tomado diferentes cuentas, y vnas de ellas por Lucas de Estrada, con poder de el dicho Don Pedro Alvarez, y que en ellas auia algunas adiciones contra los dueños de dicha hazienda.

8 ¶ Dize en vna clausula de dicha cedula: *Que porque mis intenciones, y deseos han sido siẽpre el procurar el aumento de dicha hazienda, por la liberalidad de los dichos salarios, y por la mucha confiança que de mi hizieron en los segundos poderes; quiero, y es mi voluntad, que si los susodichos, ò a quien su poder tengan, se allanaren à que se passen llanamente las dichas adiciones, como es*

justo,

justo, y las remissiones que se hizieren por los Contadores à las Iusticias, en conformidad de los dichos poderes.

9 ¶ *Y assimismo en las cuentas que de nueuo se tomaren à mis herederos, se les guardare la dicha clausula de ser creidos con su juramento, ò sin èl, y no se les mueua pleyto alguno en razon de las dichas cuentas adicionadas, ni las que de nueuo dieren, que de los salarios que tengo ganados en dicha administracion, y en la que adelante hiziere, se baxen, y descuenten mil ducados à la dicha hazienda, porque desde luego hago remission, y gracia dellos de mi voluntad, en agradecimiento, y correspondencia de la que mostraron en la dicha assignacion de salarios, y confiança que de mi hizieron con los dichos poderes.*

10 ¶ *Empero si prosiguieren las dichas adiciones, y remissiones de las dichas cuentas dadas, y no se passare llanamente todo lo que tengo dado en discargo, ò si con los dichos mis herederos no se guardare el orden que dexo declarado, en las cuentas que en mi lugar dieren por mi fallecimiento, esta dicha manda, y remission sea ninguna, y de ningun valor, y efeto, porque la hago con la condicion declarada, y esta es mi voluntad vltima determinada.*

11 ¶ Y và prosiguiendo, que por quanto su voluntad es el que se baxen los dichos mil ducados para que èl, y sus herederos en conciencia estên quietos, como lo estân; quiere que si mouierẽ pleyto sobre las dichas cuentas adicionadas, ô â las q̃ sus herederos dieren, se baxe de los dichos mil ducados todo lo que se gastare en los pleytos, y lo demas se le descargue â la dicha hazienda. Cedula *fol.* 263, hasta el *fol.* 268.

12 ¶ Los segundos poderes de que se haze mencion en la dicha clausula, no se han presentado por las partes contrarias, ni tampoco las cuentas intermedias adicionadas, porque solo se haze

mencion dellas en las finales, que se referirán en su lugar.

13 ¶ Pero es constante por el testamento, y clausula referida, y cuentas finales, y no negarse de contrario, que huuo cuentas intermedias, que se començaron à tomar al dicho Diego de los Rios el año de 1635. por el dicho Lucas de Estrada, en virtud de poder del dicho don Pedro Alvarez, y por el Licenciado Iuan de Vago Zurillo, defensor nombrado por la Iusticia, por las partes que tocauan à las dichas Doña Maria, y Doña Marina Alvarez de Hinojosa, y se acabaron, y fenecieron el año de 1638. y que estas cuentas se adicionaron, por cuyas adiciones se hizo la remission condicional de los mil ducados, referida en la clausula de que se à hecho mencion en el *num*.8. hasta el 12. en las quales cuentas saliô alcançado el dicho Diego de los Rios en vn cuento nouenta y tres mil quatrocientos y cincuenta marauedis, y en mil y dozientas y vna arrobas de azeyte en especie. Consta de las cuẽtas finales, *fol*. 15. *B*. *y* 16.

14 ¶ Tambien es constante que auiendo se formado competencia entre el Tribunal de la Cruzada, y la Iusticia ordinaria de la dicha ciudad, sobre el conocimiento de los dichos bienes vinculados, y libres, por pretenderse auia muerto abintestato el dicho Capitan D. Antonio Alvarez por el Consejo, y Iunta de competencias, se le remitiô el conocimiento al Tribunal de la Cruzada, por auto proueido en 2. de Agosto de 1642. Testimonio *fol*. 133.

15 ¶ Esto supuesto en 14. de Abril de 643. el Doctor Baltasar Iordan de Fuenmayor, como Iuez subdelegado que dixo ser de la Santa Cruzada, mandô que el Licenciado Dionisio Bazquez, como marido, y conjunta persona de Doña Elvira de los Rios, y Iuan de Zamora en nombre de D. Francisco de Vera, como marido, y conjunta persona de Doña Agustina de los Rios, nieta del dicho Die-

go

go de los Rios, sus herederos, diessen cuentas finales de la administracion que auia estado à cargo del susodicho, y que se nombrasse por curador, y defensor de los bienes al dicho Licenciado Iuan de Vago Zurillo con quien se sustanciassen las dichas cuentas, y con efeto auiendose nombrado Contadores se començaron â tomar, y à los dichos herederos se les hizo cargo del alcance referido que auia resultado de las cuentas intermedias (las quales no se presentaron, ni han presentado.)

16 ¶ Y el dicho curador, y defensor, presentando vn traslado de la cedula del dicho Diego de los Rios, que quedô en poder del Padre Retor de la Compañia, pidiô que se le baxassen los dichos mil ducados â la hazienda: à que respondieron los dichos Licenciado Dionisio Vazquez, y Iuan de Zamora, que no tenian noticia de la tal cedula, y que sin aprouarla, ni reprouarla, cumpliendo los herederos de el dicho Capitan con las condiciones della, se allanauan â que se les baxassen los mil ducados.

17 ¶ Y los Contadores, con vista de las pretensiones, dixeron: *Que no es este el lugar donde se han de baxar los once mil reales, y que cumpliendo con el tenor della la parte del Capitan Antonio Alvarez, mandauan que los herederos del dicho Diego de los Rios baxen los dichos once mil reales*, fol. 95. B. y fol. 96.

18 ¶ Y auiendose fenecido las dichas cuẽtas el año de 43. y conformadose los Contadores, y partes en el alcance que se le hizo â la hazienda, que fue de 30U682. reales de plata, pidieron al dicho Iuez subdelegado las aprouasse, y condenasse à las partes â que estuuiessen, y passassen por ellas, y el dicho Iuez no las aprouò, como consta, y se manifiesta por las mismas cuentas, *fol. 99. B.* ni en todo el pleyto ay tal aprouacion.

19 ¶ Estas cuentas parece se lleuaron al Consejo de la Cruzada, adonde estuuieron hasta el año de 59. que los herederos del dicho Diego de los Rios

Rios las pidieron, y ſe le mandaron dar. Conſta la certificacion, *fol.* 100.

20 ¶ En virtud dellas en 25. de Mayo de 1660. doña Elvira de los Rios, viuda, muger que fue del dicho Licenciado Dioniſio Vazquez, y heredera del dicho Diego de los Rios, ante la Iuſticia ordinaria de la ciudad de Anduxar pidiò mandamiento de execucion contra los bienes, y herederos de el Capitan Antonio Alvarez por los dichos 30U682. reales de plata del alcance.

21 ¶ La Iuſticia mandò dar traslado ſin perjuyzio de lo exequible à Manuel de Rabanal, adminiſtrador de los bienes de don Pedro Alvarez, heredero de el dicho Capitan Antonio Alvarez, el qual saliò alegando las excepciones que adelante ſe referiràn, y ſe proſiguiò el juyzio con eſta parte, como adminiſtrador de los bienes de don Antonio Alvarez, reſidente en Indias, y heredero del dicho don Pedro Alvarez.

22 ¶ Sin embargo de las contradiciones hechas por el dicho adminiſtrador, ſe le deſpachò el mandamiento de execucion, y ſe diò ſentencia de remate por la cantidad por que ſe pidiò la execucion, ſe deſpachò mandamiento de apremio, y en virtud del las partes contrarias tomaron poſſeſſion de toda la hazienda del dicho Capitan Antonio Alvarez, y oy la eſtàn poſſeyendo.

23 ¶ Apelò a eſta Corte eſta parte de la ſentencia de remate, y en viſta ſe reuocò, condenando en via ordinaria à eſta parte, como adminiſtrador de la hazienda del dicho don Antonio Alvarez, à la paga de los dichos treynta mil ſeyſcientos y ochenta y dos reales de plata.

24 ¶ Suplicoſe deſta ſentencia, y eſtà viſto en reuiſta para determinarſe.

25 ¶ Deſte hecho, con toda legalidad, y fidelidad referido, ſe origina el derecho que le aſsiſte à eſta parte, de que en virtud de las cuentas referidas, no ſe deuiò pronunciar la ſentencia de remate por ſu alcance, y menos condenar en via ordina

ria al dicho don Antonio Alvarez, residente en Indias en la ciudad del Cuzco, y â los dichos sus bienes, como por la sentencia de vista se manda.

I. EXCEPCION.

Que por no averse presentado las cuentas intermedias originales, las finales no se pudieron mandar à execucion, y menos en su virtud condenar en via ordinaria.

26 CONSTANTE es por el hecho referido que huvo cuentas intermedias, de que resultô alcance, que se puso en las cuentas finales; y deviendose, para dar la forma â estas, presentarse aquellas para la calificacion del alcance, no se hizo sino sola vna relacion de que huvo tales cuentas intermedias que causaron el alcance, en cuya virtud, sin mas instrumentos que verificassen las intermedias se fenecieron las finales, por cuyo alcance se despachò el mandamiento de execuciõ, y se pronunciò sentencia de remate.

27 ¶ Con que no aviendose exhibido, ni presentado las cuentas intermedias originales, ô autenticadas, de que hazen relacion las finales, ni en virtud destas se pudo passar à sentencia de remate, ni condenar â don Antonio Alvarez, residente en Indias, en via ordinaria.

28 ¶ Via ordinaria, *ex Authent. expressa si quis in aliquo documento, C. de edendo*, ibi: *Si quis in aliquo documento mentionem faciat alte-*

rius documenti: nulla ex hac memoria fiat exactio, nisi aliud documentum, cuius memoria in secundo facta est, proferatur. Dom. Couarr. *practic. cap.* 21. *num.* 2. vers. *Quid si fiat.* Dom. Castill. *lib.* 2. *contro uers. cap.* 16. *ex num.* 60. *&* *lib.* 4. *cap.* 43. *per totũ,* Cancerio *variar. lib.* 3. *cap.* 3. *ex num.* 217. Noguerol *allegat.* 16. *num.* 89. Dom. Castill. *de tertijs, c.* 5. *num.* 16. *&* 17. Antonio Amato *resol.* 42. *num.* 4. Giurb. *decis.* 15. *per tot.* August. Barbos. *in collect. ad dict. Authent.* Antonio Thomato *decis.* 263. *num.* 16.

29 ¶ Cuyo vulgar axioma tiene muchas ampliaciones, todas que esfuerçan la poca fee, y credito que merecen las cuentas finales, por no auerse presentado, ni exhibido las intermedias que refieren.

30 ¶ PRIMO. Etiam, si el escriuano afirma que el instrumento relato le es constante, prout apparet ex alio instrumento à se confecto, adhuc enim, nisi relatum producatur, referens non probat.

31 ¶ SECVNDO. Aunque à testetur de visione, & lectione relati, porque esta assercion no es bastante para que el instrumento prueue.

32 ¶ TERTIO. Etiam, si insertasse todo el tenor del instrumento enunciado, quia in tali traductione notario, seu tabelio, no fue rogado por las partes, ideòque fidem non facit, quia remanet in terminis instrumenti exemplati, que para constituir prouança fidem non meretur.

33 ¶ QVARTO AMPLIATVR. Vt procedat, no tan solamente in sui parte relatiua, verum etiam in omni eius tenore, para que no constituya credito alguno ad fauorẽ illius qui produxit. Cuyas ampliaciones exorna con mucho numero de Autores, y fundamentos Parej. *de instr. tit.* 7. *resol.* 9. *ex n.* 6. *vsq; ad* 18.

34 ¶ Igitur, para que se diesse lugar à la

con-

condenacion en via ordinaria, era requisito essencial el que se huuiessen presentado las cuentas intermedias en las finales, para la verificacion del alcance que dellas se originô, que se puso por ptimer cargo a las partes contrarias en las finales.

35 ¶ Y mas concurriendo la connexion de vnas, y otras cuentas, por ser sobre vna misma cosa, tanto, que las finales capiunt substantiam de las intermedias por el alcance referido; y respeto desta connexiõ, y identidad, era necessario que se huuiessen presentado las intermedias, assi para la fee, como para que dubitationi non esset locus en materia tan sustancial.

36 ¶ Bald. *in dict. Authent. si quis in aliquo*, *num.9.* ibi: *Sed iuxta hoc quæro, pone quod vnum instrumentum facit mentionem de instrumento, tamquam de causa sua: vtrùm sit necesse primum produci? Respondeo, aut secundum instrumentum capit substantiam, à primo, aut nõ, si capit substantiam à primo, tũc opportet primum produci.* Cuya autoridad refiere à la letra Pareja *in dict. tit. 6. resol. 9. num.* 24. y la exorna con Bechio, Aretino, Lanceloto, Iasson, Alexandro, Decio, Felino, y el señor don Iuan del Castillo, que todos son deste sentir.

37 ¶ Que capiant substantiam las cuentas finales de las intermedias se euidencia, pues el alcance de las intermedias se pone por cargo principal en las finales; y assi, para verificar este, era preciso requisito de que se presentassen originales las intermedias, y no auiendose hecho nullius momenti sunt las finales, para que en su virtud se condene à don Antonio en via ordinaria, y menos en la executiua.

38 ¶ Via executiua. Los Doctores que trataron de la execucion de vn instrumento quarẽtigio, estatuyeron esta distincion para conceder, ô denegar su execuciõ, nempê, ò el instrumento que

se

se trata de executar su sustãcia, se refiere â otro instrumento, entonces no se dâ lugar à la execucion, sin que se exhiba primero el relato, ô el segundo instrumento referente, contiene cierta, y determinada disposicion, porque tunc se le concede lugar à la execucion.

39 ¶ Optimê Pareja *in dict. tit. 7. resol. 9.* en el *num. 28.* inquit: *Vnde Doctores, qui tractarũt de executione instrumenti quarentigij, aut obligationis in forma Cameræ, sub distintione præfata executionẽ concedendã, aut denegandã statuerunt, nempè, quod aut instrumenti cuius executio substantia petitur ad aliud refertur instrumentum, & tunc executioni locum non esse, nisi prius exhibeatur relatum, aut secundum instrumentum referens certam, & determinatam continet dispositionem, seu stipulationem, & tunc executioni locum esse contendunt.*

40 ¶ Esta tan juridica distincion la corrobora con las autoridades de Rebufo, Boerio, Iasson, Bald. Gutierrez, Parladoro, Suarez, y Giurba en la *decis. 10. num. 15.* que cita à los referidos, præter quos Ceuallos, Fontanela, el señor D. Iuan del Castillo *de tertijs, cap. 5. n. 16.*

41 ¶ Que la substancia de las cuentas finales se origine del alcance tan grande de las intermedias, se manifiesta de las mismas cuentas, pues como queda dicho, se puso por cargo en las finales: y assimismo por lo connexo, y indiuiduo del juyzio de cuentas, Giurb. *decis. 15. ex num. 3.* Noguerol *allegat. 33. num. 32.* que cita à Escobar *de ratiocinijs, cap. 21. num. 12.* à Capicio Galeota, y otros præter quos Dom. Salg. *in labyrint. part. 3. cap. 7. ex n. 22. vsq; ad 27.*

42 ¶ Y assi, siendo las intermedias tan inseparables de las finales, se deuieron presentar para la verificacion destas, en consideracion de que por su falta, ni se pueden mandar à execucion, ni en su vir-

virtud condenaren via ordinaria al dicho don Antonio Alvarez.

43 ¶ Y el no auerse presentado, fue con animo de confundir las cuentas, mezclando vn alcance con otro, y conseguir su credito las partes cõtrarias, que por el alcance de las intermedias estaua ya satisfecha, de que se manifiesta el dolo con que se procediô: *Quinto ex hoc facto rectè inferri potest animus deputatorum, nam mixtio vnius, & alterius crediti facta fuit ad confundẽdas Marci Antonij rationes, & ad hoc vt facile extricari non possint, simul persistendo in asserto credito, quæ doli præsumptio est*, inquit Noguerol *allegat.* 11. *num.* 163. citando à Estraca, y â Escobar *de ratiocin.c.*20.*n.*1.

44 ¶ Y que las partes contrarias, como acreedoras, se huuiessen satisfecho de su credito de los reditos de la administracion de tanto tiempo, es presuncion juridica. Noguerol *allegat.*40. *num.*29. ibi: *Quod si administrator est creditor illius, cuius bona administrat præsumitur à se ipso suum creditum exigisse*: quod latê exornat Afflict. *decis.* 13.

45 ¶ Dom. Salgad. *in labyrinth. part.* 3. *cap.*7.*num.*18. ibi: *Immò, quando ipse administrator haberet creditum contra administrationem ipsam, præsumitur sibi soluisse, & satisfecisse ex bonis debitoris quæ administrat, l. sed & si damnum, §. peculium, ff. de pecul. l. quoties, §. sicut autem, ff. de administrat. tutor. l. debitor, ff. de negotijs gestis, l. Diuum, §. additio, de solution.* Y lo exorna con otras muchas autoridades.

46 Y para excluir esta pretension, se afectô lo intrincado de las cuentas, como se verifica de lo referido, y se manifestarâ con mas claridad ex sequentibus exceptionibus.

II. EXCEPCION.

Que por no auerse presentado en las cuentas intermedias, y finales libro de cuenta, y razon, no se tomò juridicamente la cuenta, por lo qual no merece fée, y credito alguno el alcance en el vno, y otro juyzio ordinario, y executiuo.

47 CONSTANTE es por la inspeccion de las mismas cuentas finales, que auiendose notificado à las partes contrarias exhibiessen los papeles que tenian para la instruccion, y verificacion de las cuentas, no exhibieron libro de cuenta, y razon, sino solo algunos autos de almonedas que se auian hecho de algunos años de la venta de los frutos de los bienes de la administracion, con las quales se començò a formar la cuẽta, y se feneciô sin mas instrumentos que verificassen los cargos, y discargos, siendo assi que conforme à derecho no se deuiò dar principio â las cuentas, hasta tanto que se huuiessen presentado los libros de cuenta, y razon por donde se comprouasse con toda claridad, y distincion las entradas, y salidas de lo procedido de la administracion, para que resultasse liquido el alcance, comprouados los cargos.

48 ¶ Sentado principio de derecho es, que todos los administradores, de qualquier suerte que sean, tienen obligacion precisa de hazer libro de cuenta, y razon, poniendo con toda especialidad las entradas, y salidas de lo que se administra:

ex l. quadam 9 *§. nummularius, ff. de edendo, leg. fin. §. inter cætera, de liberat. legat. l. si ita fuerit, la* 1. *§. hæc quæstio, in fin. manum. testam. l. cum seruus* 82. verſ. *Nam non vtique, de condit. & demonstr.* Ploto *in l. si quando, C. vnde vi, nu.* 594. Farinac. *in report. iudic. num.* 2. *quæst.* 41. Eſcobar *de ratiocin. cap.* 10. *num.* 2. Valaſc. *de priuileg. pauper.* 2. *part. quæst.* 60. *num.* 1. Parej. *de fide instrument. tit.* 5. *resol.* 2. *num.* 8. *in fin.* Noguer. *alleg.* 1. *num.* 27.

49 ¶ Y que el tal libro ſe deue exhibir para tomar las cuentas, aſsimiſmo es conſtante, pues en otra conformidad fuera impoſsible el efectuar la cuenta: *Impossibile quidem est rectè, iuridiceque rationem ab administratore reddi, nisi librũ iuridico modo confectum pro rationibus dispungendis ratiocinatoribus exhibeat, ex eo namque introitus, & exitus patefiunt.* Eſcobar *de ratiocin. cap.* 10. *in princ.*

50 ¶ Iuan Gutierr. *de tutel. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 63. ibi: *Generale autem est omnium gerentium negotia aliena, qui tenentur rationem reddere, vt conficiant librum, vel codicem rationum de his, quæ peruenerunt ad manus suas, quoniam impossibile est rationem reddi, nisi obstendatur liber rationum in quo accepta, & data, & introitus, & exitus sint descripta, quod reddi possit ratio, opportet enim rationes, atque librorum volumina offerre legenda primum, deinde computandum vt explorari possint imputationes an probe, vel improbe referantur accepta, & data, l. cum seruus, de condit. & demonstr. &c.*

51 ¶ *Sit igitur prima conclusio* (inquit Parej. *tit.* 5. *resol.* 2. *num.* 24.) *quotiescumque per personas enumeratas in hac secunda specie ratio reddenda est vilicationis suæ ante omnia codicem ritè, & rectè confectum pro rationibus dispungendis calculatoribus adere tenentur, ex eo namque introitus, & exitus patefiunt.* Para cuya compro-

uacion congerit Didaco del Castill. Carolo Ruino, Ancharran. Roland. à Valle, Iuan Garcia *de expens.* Bouadill. *in polit.* Baeza, Mario Giurb. y Genua, *de scriptur. priuat.* que son deste sentir.

52 ¶ Es tan sustancial el libro para la formacion de las cuentas, que su exhibicion se tiene por requisito necessario, Iuan Gutierr. *in dict. 3. part. cap. 1. num. 69.* vers. *Carolo*, inquit: *Nempè, quod rationum redditio duo tantum complectatur, primum in facto, videlicèt rationem, volumina, cautiones, instrumenta actus sui exhibere, & traddere, & rationes legendas, per contandas, & dispungendas, atque excutiendas offerre; secundo in dando, videlicet, reliqua soluere, &c.*

53 ¶ Y assi, en la misma obligacion de dar cuentas, se incluye la exhibicion de los libros. Vlpianus *in l. si ita fuerit 13. de manum. testam.* §. *hæc quæstio*, ibi: *In reliquis accipere debemus, vt & ipsa volumina rationum reddantur.*

54 ¶ *Leg. quædam*, §. *nummularius, de edendo*, ibi: *Nummulari sicut Argentarij rationes conficiunt, quia accipiunt pecuniam, & erogant per partes, quarum probatio scriptura, codicibusque eorum maximè continentur.*

55 ¶ *Leg. 1.* §. *officio, de tut. & rationib. destr.* ibi: *Officio tutoris incumbit rationes, actusque sui conficere.* Cuya razon destas leyes se extiende à qualesquiera administradores, Escob. *de ratiocin. in dict. cap. 10. num. 2. circa finem.*

56 ¶ Y son tan sustanciales estos libros en que se han de escriuir speciatim, & sigilatim las entradas, y salidas, que sin ellos no se puede tomar la cuenta, en consideracion de que aquel à quien se le dâ no puede con claridad entender, ni conocer si huuo algun engaño, ô dolo en ella.

57 ¶ Optimê Batt. *in l. 2. C. de nabicularijs reliquit scriptum: Nota ex hac lege conficiendarum rationum modum ab officialibus, qui multa recipiunt, & multa ad alios transferunt, debent enim*

enim, quæ receperunt scribere, & quidem nominatim à quo receperint, & ex qua causa, vt in l. apparitores, C. de exactorib. tribut. Idem cui dederit nominatim, vt in l. neminem, C. de suscept. & archi. Item, & diem receptarum rerum scribere; si enim prædicta speciatim, & sigillatim non scripserint, non videtur ratio, cum illi cui est reddenda non possit ex illa intelligere, & agnoscere si quid maquinationis in ipsius rationibus sit admissum.

58 ¶ *Ratio enim quæ non potest intelligi, non videtur reddi: leg. 23. titul. 19. libr. 9. Recopilat.* ibi: *Y dar cuenta clara, y cierta al arrendador, leg. 42. titul. 4. libr. 2. Recopilat.* ibi: *Las partidas, assi de lo vno, como de lo otro, vengan claras.* Dom. Cabreros con estos fundamentos, y con otras muchas autoridades con que lo exorna es deste sentir en su doctissimo *lib. de pœna impli. cap. 1. n. 10.*

59 ¶ Y por euitar el fraude que se pudiera considerar en las cuentas absque editione librorum la *l. 18. titul. 5. lib. 9. Recopilat.* para la comprouacion de los cargos, ordena ibi: *Que sea comprouando primeramente los cargos por todos los libros.*

60 ¶ Y en la *ley 10. titul. 18. lib. 5. Recopilat.* ibi: *Para que por los dichos libros puedan dar cuenta.*

61 ¶ Y aunque se podrà oponer de que las dichas leyes de la Recopilacion hablan en terminos de Contadores mayores, y de cambiadores, que por ser personas publicas tienen obligacion conficiendi libros, pero no en los administradores particulares, nullius momenti est ista obiectio. Lo vno, porque todos tienen precisa obligacion de hazer libros de cuenta, y razon, vt apparet ex relatis. Y lo otro, porque refiriendo las mismas leyes Pareja *de fid. instrument. in dict. titul. 5. resolut. 3. in dict. num. 24.* Donde pone la primera conclusion de que todos estàn obligados à tener,

ner, y exhibir sus libros en el *numer.* 25. inquit: *Primò enim asserit prædictam conclusionem sibi locum vindicare in omnibus administratoribus, & alijs personis, qui tenentur libros conficere ad reddendas rationes.* Dōde dâ la razon de la ley, que es para euitar los fraudes, se extiende â qualquiera genero de personas aliena negotia gerentes, y assi deue militar vn mismo derecho de tener libros de cuenta, y razon, y necessidad de exhibirlos non extensiue, sed comprehensiue en las mismas leyes de el Reyno, cuyo axioma vulgar exorna Dueñas *littera R.* Y en los mismos terminos por las razones referidas Parej. *in dict. titul.* 5. *resolut.* 3. *num.* 17.

62 ¶ Y no tan solamente estân obligados los administradores â tener, y exhibir el libro de cuenta, sino ad conficiendum imbentarium, exhibendumque, donde especialmente se pongan los bienes de que toma la administracion, para que en todo tiempo conste. Escobar *cap.* 9. *nu.* 14. siendo assi que esta obligacion solo era de los tutores, *ex leg. tutor qui repertorium, de administr. tutor.* que exorna Pareja, *titul.* 5. *resolut.* 4. *per tot.*

63 ¶ Y no relebara â los administradores, ni â sus herederos el dezir, que no se hizieron los libros, ô que hechos se perdieron, porque adhuc exhibere tenentur, vel in eos datur iuramentum in litem. Ploto *de iurament. in lit. in dict. l. si quando, num.* 194. Mascard. *de probationib. conclus.* 531. *num.* 66. *&* 67. Farinac. *in repertor. ciuil. quæst.* 41. *num.* 6. Escobar *in dict. cap.* 10. *ex num.* 5. *vsque ad* 7. Menochio *cons.* 534. *per tot.* Intrigriolo *decis.* 32. optime Ciriac. Nigr. *controu.* 544. *ex n.* 5. Parej. *in dict. resol.* 3. *ex num.* 25. *& num.* 35.

64 ¶ Y menos si de contrario se alegasse, que en los segundos poderes el administracion se le dexò diferida â su juramento, por lo qual quedauan

uan exoneradas las partes contrarias, con dar la cuenta sin exhibicion de libros, ni papeles, estandose solo à su juramento.

65 ¶ Porque adhuc corre la misma obligacion conficiendi, & exhibendi libros, quia per tale pactum non videtur remisa hæc obligatio, porque son de sustancia del acto, Escobar *in dict. cap. 10. ex num. 7. ex sequentib.* Y entre las razones que dà en el *num. 20.* inquit: *Quod autem remissio libri rationis sit actus iure prohibitus patet, cum ex eo daretur administratori occasio fraudandi, & doli comittendi in futura administratione, vnde cum dolus futurus remitti non possit, etiam in iuramento interposito pactum, quo remittitur infirmatur.* Et in *num. 21.* ibi: *Et ideò si librum rationum legitimi, vel de more confectum non exhibeat aduersus illum in litem iurari possit, non obstante dicta promissione iurata.*

66 ¶ Hermosill. *in glos. 4. l. 10. tit. 1. part. 5. num. 364.* ibi: *Declara quarto dictam conuentionem de stando iuramento alicuius administratoris non excusare eum ab exhibitione libri rationis, l. 1. §. officio, de tutel. & rat. distr. vbi confectionem libri rationis esse de substantia actus administrationis probatur.* Vide Bart. *in consil. 168. num. 4.*

67 ¶ Parej. *dict. tit. 5. resol. 3. num. 28.* ibi: *Quinto, quod hæc iuris conclusio in tantum est iura, vt procedat etiam si promissum fuerit per dominum administratori, quod in rationibus reddendis simplici eius dicto, fidem præstauit, nam etiam rationum codic[illegible] ædere tenetur.* Codicem

68 ¶ Siendo todo lo referido tan juridico, el defensor que se nombrô a los bienes, omitiô el pedir se exhibiessen los libros, y contradezir se hiziessen las cuentas, por faltar los requisitos sustanciales, y en defecto de no exhibir los libros, pedir juramento in litem, de que se reconoce el fraude, y el dolo que intervino en el tomar las cuentas.

Las

69 ¶ Las quales no se pudieròn mandar à execucion, y menos el condenar en su virtud en via ordinaria, en consideracion de auer faltado el requisito essencial, y sustancial de la exhibicion de los libros, por lo qual se sugetaron al vicio de la nulidad que contienen, que impide su execucion, ni condenar en via ordinaria.

70 ¶ Que por auer faltado el requisito essencial de exhibir los libros, se viciasse, y anulasse el acto de tomar las cuentas, Giurb. *ad consuet. Mesan. cap.* 1. *glos.* 4. *part.* 1. *num.* 123. Ciriac. Nigro *controu.* 443. *nu.* 79. Capicio Latr. *decis.* 199. *n.* 1. D. Valenç. *cons.* 173. *n.* 39.

71 ¶ Y que siendo nulo el acto, ô la sentencia executioni mandati non posit, quia nullus operatur effectus, y mas quando la nulidad ex ipsis actis constat, como se verifica de las mismas cuentas: *Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, vt sententia valeat. Caterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condenationis verbum non tenere.* Inquit Vlpian. *in leg.* 4. *de re iudicat.* Anton. Thomat. *decis.* 101. *ex num.* 20. & 276. *num.* 13. Gratian. *disceptat.* 691. *numer.* 17. & *sequentib.* Philipp. Corneo *consil.* 125. *volumin.* 1. *per tot.* Petrus Surdus *consil.* 99. *numer.* 19. & *sequentib.* Domin. Valençuel. *dict. consil.* 173. *numer.* 40. Azeued. *in leg.* 1. *titul.* 21. *libr.* 4. *Recopilationib. numer.* 91. Pareja *titul.* 6. *resolut.* 7. *ex numer.* 85. Torreblanca *de iure spiritual. libr.* 15. *capit.* 12. *ex numer.* 94. & *capit.* 13. *numer.* 35.

III. EX-

III. EXCEPCION.

Que por auerſe tomado las cuentas por parte que no era legitima, como el defenſor, y no auerſe citado à los herederos del dicho Capitan Antonio Alvarez, reſidentes en las Indias en la ciudad de el Cuzco, Reyno del Perù, fueron ipſo iure nulas.

72 LA *l.24.lib.4.tit.21.de la Recop.* diſpone: *Que en lo que ſe conformaren los Contadores nombrados por las partes, ſiendo confirmado por ſentencia de Iuez, ſe execute.* Donde pide por requiſito, que el nombramiento de Cōtador ſea por parte legitima, para que la cuenta ſe forme con legitimo contradictor, porque aliâs nō diceretur reddita ratio, Eſcobar *de ratiotin. cap.2. num.11.*

73 ¶ Eſto ſupueſto, ſerà neceſſario imbeſtigar ſi el curador, y defenſor que ſe nombrô para tomar las cuentas, ſe pudo nombrar, y fue perſona legitima para ſuſtanciar las cuentas, viuiendo los herederos del dicho Capitan Antonio Alvarez en los Reynos de las Indias en la ciudad de el Cuzco, Cabeça del Reyno del Perù, lugar cierto, y determinado.

74 ¶ Que el Iuez delegado de la Cruzada (que mandô diſſen las cuentas las partes contrarias) deuiô mandar ſe citaſſe â los dichos herederos perſonalmente, como partes legitimas, y de cuyo perjuyzio ſe trataua; es conſtante, y general regla de derecho en conſideracion de ſer la citaciō

la primera basa de los juyzios, estatuida por todo derecho Diuino, Natural, y Positiuo: talitêr, que por lo que mira â defensa natural, el Principe no puede destruir este fundamento, porque sin el, totum ædificium iudicij corrueret, & vitio nullitatis laboraret. Dom. Salgad. *de Reg. protect. 2. part. cap. 13. num. 88. & dict. 2. part. cap. 1. num. 17.* Capicio Latro *decis. 167. num. 5. vsque ad 11. & decis. 188. num. 34. vsque ad 41. & decis. 122. ex num. 14.* Gutierr. *libr. 2. Canon. quæst. cap. 16. per tot.* Nouar. *decis. 190. ex num. 1.* Parej. *de instrum. edit. tit. 7. resol. 2. num. 19. 20. 21. 22. vsque ad 24.* Carena *de Officio Sanct. Inquisit. part. 2. tit. 2. §. 1. cum seqq.* Torreblanca *de iur. spirit. lib. 15. cap. 12. ex num. 7. cum seqq. & in nu. 10.* inquit: *Etiã diabolo non esse denegandam.* Fontanel. *decis. 438. nu. 11.* Dom. Valençuel. *in cons. 6. per tot.* August. Barb. *lib. 2. vot. 36. num. 13.* Marc. Angel. *tractat. præparat. iudicior. præparator. 8. per tot.* Anton. Thomat. *decis. 168. ex num. 1.* Dom. D. Laurent. Matthæu *de regimin. Valent. capit. 8. §. 7. ex numer. 1.*

75 ¶ Cuya regla general se extiende indifinidamente â los ausentes, vti apparet *ex supra relatis*, maximê Gutierr. *lib. 2. Canon. quæst. cap. 16. num. 9.* Marco Angelo *dict. præparator. 8. nu. 20. & 23.* Torreblanca *in dict. c. 12.* dâ la razon: *Nã absentem damnare diuinæ, & humanæ leges semper detestarunt.*

76 ¶ Y llegandonos mas à los terminos de nuestro caso Escobar *de ratiocin. cap. 31. nu. 21. adfirmat*, que contra el administrador no se puede executar el alcance, quando no fue citado, ni intervino en las cuentas, ibi: *Insuper dubitatur, an executio pro reliquis possit fieri, quando rationi non interfuit administrator, & dicendum videtur quod non, quia citatio partis omni iure, scilicèt, de diuino, naturali, & possitiuo, in quocumq; iudicio, etiam quantumcumque summario, & executiuo requiritur.* Luego en la misma conformidad

las

las cuentas no se pudieron mandar â execucion, no auiendose citado à los herederos del dicho Capitã, siendo personas tan legitimas en la intervencion dellas, pues el juyzio se auia formado à bienes suyos p.opios, y se le tomauan cuentas à su administrador.

Oposicion.

77 OPondrase à lo referido, que aunque son euidentes las doctrinas de la citacion, no militan en el caso presente, videlicêt, quando las personas estân ausentes en partes remotas como lo son las Indias, porque entonces no se necessita de la citacion, sino se cumple para la sustancia del juyzio con criar curador, y defensor à los bienes, como se efectuò en el caso presente, ex *l. ab hostibus, in princip. ex quib. causis maior. in integr. restit.* & ibi Glos. Bald. *in l. cum proponas, de bonis aut. iud. possid. column. penult. & in l. coheredibus famil. ercifcund. & in l. ignorare, de restit. milit.* & ibi Bart. & Paul. *& l. 12. tit. 22. part. 3.* Dom. Solorçan. *de iur. Indiar. lib. 4. cap. 3. nu. 23.* Paz *in prax. tom. 1. part. 3. ex num. 5.* Menoch. *de arbitra. lib. 2. cent. 2. cas. 150.*

Respuesta à la Oposicion.

78 A Que se satisface, que es tan de sustancia la citacion para la validacion del juyzio, que aunque estên las partes interessadas en las Indias, se les deue citar personalmente, teniendose por fixo el lugar cierto donde auitan, como lo es la dicha ciudad del Cuzco, donde tuuo su domicilio el dicho Capitan Antonio Alvarez, y sus herederos oy le tienen, como se manifiesta de los poderes repetidos que han remitido hasta el año de cincuenta y cinco, y de contrario no se niega; y asi, no se procediô juridicamente al nombramiẽto de defensor.

Ele-

79 ¶ Elegans est *Auth. vt nulli iudicũ liceat, collect.9.tit.17. nouel.134. cap. si verò,* ibi: *Si verò quis comprehensorum criminum latuerit, aut reliquerit Prouinciam illam in qua crimina delinquit: iuuemus legitimis editis à iudice euocari eum, & si non obediat illa in eum procedere, quæ nostris legibus definita sunt. SI VERO COGNOSCATUR, QVOD IN ALIA PROVINCIA DEGIT IVVEMVS PROVINCIÆ ILLIUS IUDICEM IN QVA PECCARI QUID HUIUSMODI CONTIGERIT EPISTOLA VTI AD PROVINCIÆ ILLIUS IUDICEM IN QVA DELINQUENS PERSONA DEGIT.* Donde expressamente determina, que si el Reo no pareciesse, se llame por edictos; pero si se sabe que està en alguna Prouincia cierta, alli se â de hazer por el Iuez della la citacion Real.

80 ¶ Y por la razon desta Authentica Pedro Barbosa *in l. ad perentorium, de iudicijs*, en el *num.*100. ibi: *Regula enim est generalis, quod vbi persona est certa, & certus etiam sit locus in quo resideat personaliter est citandus.*

81 ¶ Mastrillo *decis.* 197. *num.* 23. ibi: *Et maximè si haberetur notitia de loco vbi citandus resideret.*

82 ¶ Y mas â lo indiuiduo de el caso presente Alvaro Valasco *tom.* 1. *consultat.* 38. donde auiendose introduzido vn litigio sobre vna cosa emphytheutica, y muerto el Reo, pidieron sus herederos que para la prosecucion de la causa se citasse à otros interessados que estauan en las Indias, y que en el interin se suspendiesse el juyzio: Y alegadose por parte del Actor, que no se auia de suspender, ni citar â los que estauan en las Indias, porque no era de sustancia la citacion, respeto de que no eran interessados en el tal juyzio: sin embargo de estos alegatos resoluiò, que se auia de citar à los ausentes en Indias, y que en el interin se suspendiesse

el

el negocio, ibi: *Cæterum his non obstantibus respondi absentem illum esse citandum; & inferiora super se dandum esse in tota causa, & inferius, & omnes iubentur citari non distinguendo, an sint præsentes, vel in locis remotis, & vltamare.*

83 ¶ Vlterius Gamm. *decis.* 15. Donde haze vna distincion muy del caso, videlicêt, que si el deudor principal està en lugar cierto de las Indias, y se diò curador à sus bienes, y se le conviniere por el acreedor, que es bastante la citacion â su curador; pero que si se trata de convenir à los herederos del deudor, residentes en las Indias en lugar cierto, que se les à de citar personalmente; y no es bastãte la del curador; porque en este segundo caso tiene bastante causa de ignorar las defensas, ibi: *Senatus censuit iam olim in processu Ferdinandi de Faria, contra filios D. Nonij, quod apud Indos absente debitore obligato ex contractu, si curator bonis hic detur; possit ille conueniri in loco vbi habitabat, cum se absentauit; ex Bart. in l. multo; §. fin. de tut. & in l. qui liberis, §. hæc verba, de vulg. & clarius in l. ignorare, C. de rest. milit. Secus tamen esse si absentem ipsum vellem conuenire, vel hæredem debitoris: tunc enim ipsemet hæres citari debet, non tamen per edicta citandus erit, nec eius curator bonis datus. Ea est ratio, quod in isto secundo casu iustam causam habet ignorandi curator. Sed hæc omnia nouiores nostri intelligũt, dummodo debitor sit apud Indos in certo loco: tũc enim, & indistincte dicunt ipsum debitorem esse citandum, & non per edicta, & ita practicatur quotidie.*

84 ¶ Y abraçando esta distincion, dado caso que el curador, y defensor dado à los bienes, se huuiesse criado legitimamente, no fue persona legitima para la sustancia de las cuentas; porque se deuiò citar personalmente à don Antonio Alvarez, hijo, y heredero de don Pedro Alvarez, deudor principal de los 3ʒ. pesos.

85 ¶ Siguiendo à Gamma D. Antonio

Vir-

Virgilio Matina *de legit. personar. cap. 14. num. 2.* inquit: *Hac nō procedunt per ea, quæ allegat Gamma decis. 15. vbi hæres debitoris conueniendus est, quia tunc non potest dari curator hæredi alibi habitanti, etiam extra Regnum si in loco certo sit, sed ipsemet hæres pulsandus est.* Et melius *in num. 9. & 10.* Iuan Maria Nouario *in collect. super pragmat. 1. de citatione, n.* 109. inquit: *Sed nō fit citatio per edictum, quando constat, citandum esse in loco certo, Gam. in decis. Lusit. 15.*

86 ¶ Flores Diaz de Mena en la adicion â la *decis. 15. de Gamm.* lleua, que indistintamente al deudor, ô su heredero que morare en las Indias en lugar cierto, se le â de citar personalmente antes que se le dè curador â los bienes; porque afirma no entender la distincion de Gamma, y no hallar razō de diferencia en el vno, y otro caso, ibi: *An absens vltra mare, vt apud Indos sit citandus priusquam eius bonis detur curator, sub obscure hic determinat Author, & distinguit inter debitorem ipsum, & eius hæredem, vt primus non sit citandus, secus secundus: sed mihi nulla ratio differentiæ apparet inter vnum casum, & alium: vndè absolute puto, quod in casibus grauibus semper absens sit citandus personaliter, vel in domo præsentis habitationis, siuè sit vltra mare, siuè in alio loco longinquo dummodo cōpertum sit, quod viuat, & in quo loco sit, & domicilium constituerit, aliàs poterit dari curator eius bonis.*

87 ¶ Ceuallos *commun. contr. commun. quæst.* 809. en el *num.* 27. refiere el caso de que apud Indos en vn lugar cierto, & designato, habitaua vn Capellan, y el Patron de su Capellania, pidiô se diesse por vacante por la falta de la residencia personal, y que auiendose puesto edictos, comparecio vn hermano del dicho Capellan contradiziendo los edictos, y prouision, por afirmar, que su hermano viuia en cierto lugar de las Indias, y que assi se auia de citar personalmente para la dicha vacacion, por cuyas alegaciones, que assi fue determinado *in consilio*

silio Toletano, ibi: *Cuius Capellanus existebat apud Indos in loco certo, & dessignato, & quidam patronus ipsius petiјt in consilio, quod vacaret prædicta Capellania, ex eo quod Capellanus non residebat personaliter in dicta villa, sed extra Regnũ Castellæ, & lectis, & publicatis edictis comparuit frater ipsius Bacchalaureus Frãciscus López, & contradixit edictum, & prouisionem allegans, & probans fratrem viuere, & in certo loco Indiarum existentem, & sic personaliter esse citandum ad dictam vacationem, ET ITA FVIT IVDICATVM.* Cuyo lugar no lo exorna con las autoridades supra citatas, siendo tan del caso, ni con las que referirê despues.

88 ¶ Ni à lo referido obstarà si se alegare de contrario la *decis. de Cauedo* 197. *part.* 1. *nu.* 8. donde pone â la letra la determinacion del Senado de Portugal, donde se diô vn curador â los bienes de vn ausente en Indias, para sustanciar vn juyzio, y executarlo, ibi: *Foy determinado que se hum homem he na India, que pode à outra parte fazer lhe dar curador à os bens, & litigar com elle perante ò Iuiz seu foro, & auer contra elle sentença; & executalo.*

89 ¶ Porque Phebo en la *decis.* 42. cuyo epigrafe es: *Vtrùm absenti, qui est apud Indos in ciuitate Goa, vel in alio loco curator dari possit, cum quo causa agitetur vsque ad sententiam, & eius executionem?* Impugnando la dicha decision de Cauedo, y refiriendo â la letra el mismo decreto, afirma, que vn Iuez de las Indias, y minas pronunciò sentencia, mouido de la autoridad de el dicho decreto, por la qual mandô dar curador a los bienes de vn ausente en Indias para la sustancia del juyzio, y que el mismo Phebo exclamô al Senado contra la dicha sentencia, donde se reuocò con la distincion, que si el ausente estuuiesse en lugar cierto, no se le deuia dar curador â los bienes, poro que si se ignoraua de su vida, ô de su muerte, entonces

se auia de citar por edictos, y refiere à la letra la sentencia del Senado.

90 ¶ En el *num.2.ibi: Sed contradictam sententiam exclamaui ad Senatum, & re melius perpensa contrarium fuit decisum per Doctissimos Senatores, cum hac scilicèt distinctione, quod si absens esset in loco certo, non daretur illi curator bonorum, sed si esset ignorãtia de vita, aut de morte absentis, tunc citandus esset per edicta, & quia hoc nouum, & singulari decretum conducit ad multa, libuit eius verba hic inserere*, que omito *breuitatis causa.* Con que queda desvanecida la autoridad de Cauedo, pues como afirma Phebo, se dezidiò lo cõtrario, sin embargo de ella, en el Senado de Portugal.

91 ¶ His enim suppositis, no obstan los lugares citados en la oposicion, *n.77.* porque Bald. y Bart. la Glos. *in dict. l. abhostibus*, la *l. de la Part.* y Paz, y Menoch. hablan en diferente caso, videlicêt, quando es en causa de poco momento, y se ignora donde habitan los interessados; y la ley de la Partida en vn curador de los bienes de vn ausente, que quedaron pro derelicto; por lo qual no se â de traer à consequencia â nuestro caso.

92 ¶ Optimê Flores Diaz de Men. *in dict. addit. ad decis. Gamm. ibi: Licèt contrarium videatur tenere Doctor Suarez de Paz, tom.1. part. 3. num.5. allegat Bald. in l. cum proponas, C. de bonis, aut iudic. possid. & Glos. in l. abhostibus, ex quib. caus. maior. & l. 12. tit. 2. part. 3. & ibi Gregor. Lop. & Menoch. de arbitrar. lib. 2. cent. 2. cas. 150. Sed certe licet in casibus lebibus, & parui præiudicij ne expensa citationis supperet principale interesse id sit verum, & practicetur, & conforme his, quæ dicti Authores notãt, in causis tamen grauibus id mihi falsum apparet, & quod nullo iure probatur, ni quando non patet tutus accessus; iniquum etiam, & contra ius naturale cum nulli defensio debeat denegari, quando se per se defendere potest,*

potest, nec Bald. id probatur cum loquatur quando absens nescitur vbi sit, & sic est intelligenda, Glos. in dict. l. ab hostibus, & sic Albericus ibi tenet, l. etiam part. Solum loquitur de dando curatore bonis absentis pro derelicto apparentibus, quia nullus ea defendit, vnde nõ est ad nostrum casum trahenda, & sic teneo sine vlla distinctione salua melius sencientis censura.

93 ¶ Que este pleyto sea de mucha sustãcia, patet del mismo alcance de plata, que reduzido à vellon, monta mas de 72ij. reales.

94 ¶ Locus non tutus se entiende para hazer la citacion lugar apestado con la infeccion del ayre, y assi no se podrá llamar lugar no seguro la dicha ciudad del Cuzco, por no auerse prouado esta calidad, y por ser deste Reyno, D. Salg. *de Reg. in dict. 2. part. cap. 2. num.* 23. ibi: *Vt tunc locus non dicitur tutus, quando quis fuit citatus ad locum pestis, aut aëris intemperie contagiosam.* Con muchas autoridades que lo comprueuan.

95 ¶ Phebo, esforçando la sentencia del Senado de Portugal, que queda referida, la cõprueua con la misma doctrina de Bart. que mouiò a Cauedo para su decision, afirmando, que Bart. no hablò generalmente, sino de aquel que se dudaua si viuia, ò era muerto, *n.* 4. ibi: *Quæ sententia Senatus est amplectenda, & confirmari poterit ex eadem doctrina Bart. benè perpensa adducta per Cauedum in dict. decis. 197. n. 8. in p. 1. vbi Bart. non dicit generaliter, quod detur curator bonis cuiuscumque absentis, sed solum illi de quo dubitaretur an sit viuus, an mortuus, & ita manifestè præsentit idem Bart. in l. muto, §. ei cuius, de tutel. & clarius in l. si pupilus, §. si tutor, de tut. & rat. destr. nu. 2.* ibi: *Si ignorauatur esse viuum, seu mortuum, non autem quando constabat de vita.*

96 ¶ D. Ant. Virgil. Matin. *in d. c.* 24. respondiendo à las autoridades de contrario alegadas en el *nu.* 15. inquit: *Si verò absens nescitur vbi sit, seu de eius vita, vel morte dubitatur dari debet, &*

po-

potest curator absenti, & cum eo lis incipi, mediari, & finiri potest, vt notat Schraderius, tract. de Pheu. p. 10. sect. 19. n. 143. Mont. de tutel. cap. 21. num. 72. Laderquius cons. 47. n. 4. Petr. Agliata, & Francisc. à Vara quos allegat, & sequitur Mutarito 101. n. 71. & tractant omnes in l. abhostibus, ex quib. caus. maior. Paz, & Greg. Lopez in d. l. 12. tit. 2. p. 3.

97 ¶ Resta responder al lugar del señor don Iuan de Solorçano *in dict. lib 4. cap. 3. nu. 23.* donde citando las decisiones referidas de Gamma, y su Adicionador, y la de Phebo, y Cauedo, se inclina â que se aya de dar curador, y defensor à los bienes de los interessados que estàn en las Indias, aunque la mas comun sentencia requiera que se aya de citar personalmente el Reo; y para ser deste sentir dize, que se mueue por las decisiones de Gamma, Phebo, y Cauedo.

98 ¶ Y tantum distat, que el lugar del señor D. Iuan de Solorçan. se puede traer por contrario, que antes para corroborar la sentencia referida es à nuestro fabor, pues si el motiuo que tuuo para su dictamen, fueron las decisiones de Gamma, y su Adic. Flores de Mena, Cauedo, y Phebo, y estos se oponen à lo que afirma el señor don Iuan de Solorçano, vt patet de los mismos lugares à la letra, y si los Doctores se han de entender segun las leyes, y autoridades que alegan infertur por legitima consequencia, que el señor Solorçano es à nuestro fauor, pues se mueue para su sentencia de Autores q̃ expressamente deziden lo contrario, Dom. Sal[illegible]d. *de Regia protect. part. 2. cap. 7. num.* 58. Sess[illegible]s. 313. *num.* 6. Dom. Valençuel. Velazq. *cons.* [illegible] *num.* 48. Postio *resolut.* 7. *num.* 60. Fontanel. *decis.* [illegible]64. *num.* 2. Dom. Larr. *allegat.* 20. *num.* 24. Ciriac. Nigro *controu.* 531. *num.* 21. Mario Muta *in consuet. cap.* 21. *num.* 11. Thomat. *decis.* 220. *num.* 31. Capicio Latro *consult.* 64. *num.* 52. Dom. Vela *dissert.* 13. *num.* 4. & *dissert.* 24. *num.* 66. & *dissertat.* 42. *num.* 4. el mismo señor D. Iuan de Solorçan. *de iur.*

In-

Indiar.lib.3.cap.10.num.55. Que todos afirman la certeza de la inteligencia de los Doctores; que â de ser segun las autoridades, y leyes que alegan.

99 ¶ Pero yo me persuado que fue error del Impressor el poner el dicho *num.*23. del señor don Iuan de Solorçano en aquella conformidad, pues no es verosimil que vn varon tan docto, visto, y el mas erudito de nuestra España. Para la firmeça de su opinion no auia de auer visto, y examinado las dichas decisiones, y mas en materia tocante á Indias, en que ninguno fue mas versado, para no incidir en este descuydo.

100 ¶ Empero dado caso que precisamẽte se huuiera de dar defensor à los bienes de don Antonio Alvarez, no se auian de auer omitido las solennidades que preceden, como es, el que primero se llamassen â los interessados por edictos, y no cõpareciendo, criarles el defensor, como se manifiesta de las autoridades referidas, porque aliàs se anularia el acto, ex Bald. Fulgos. & Gabriel, Alexand. y Bart. Virgil. Matin. *in dict. cap.* 14. *num.* 17. ibi: *In datione curatoris absentis necessario debet fieri citatio per edictum taliter, quod omissio reddit actum nullum.*

101 ¶ Y asimismo, que el que pidiere se dê curador à los bienes de el ausente, deue prouar que aquel à cuyos bienes se dà, està ausente, y se ignora donde, ô que se duda de su vida, ô muerte: optimê idem Virgilio *in dict. cap.* 14. *num.* 20. ibi: *Probare debet actor, seu is, qui curatorem bonis absentis à iudice decerni petit, quod ille, cuius bonis dandus est curator, sit absens; & nescitur vbi sit, seu de eius morte, vel vita dubitatur; hanc practicam*: docet Schrad. *in dict. tract. de feud. part.* 10. *sesis* 29. *num.* 143. Mont. *de tutel. cap.* 28. *num.* 72. Faderchius *cons.* 47. *num.* 4. Petrus Agliata, & Franc. à Vara, quos allegat, & sequitur Muta *capit. Ritas* 101. *num.* 71.

102 ¶ Cuya forma asimismo se obserua quando la administracion de los bienes del ausen-

te se le concede al consanguineo mas proximo, por la *l.* 14. *tit.* 14. *part.* 3. vt videre est en los Autores, que cita el señor don Alonso de Olea *tit.* 3. *quæst.* 2. *num.* 17. cuyo lugar remissiuo es bien copioso.

103 ¶ Con que auiendose faltado â estos requisitos en la forma de nombrar el curador, se origina otra nulidad no de menos sustancia que las propuestas, quia forma ad vnguem est seruanda, & si deficiat in minimo actus corruit, cuyo vulgar axioma exorna Don Antonio de Dueñas *lit. F. ex num.* 154.

104 ¶ Ex quibus omnibus colligitur, que no fue parte legitima el defensor para la sustancia de las cuentas, por auer faltado el requisito de la citacion personal á los herederos del Capitan Antonio Alvarez, con que se faltô a lo dispuesto por la *l.* 24. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopil.* videlicèt, que los Contadores nombrados lo sean por partes legitimas, & ideô, todo el acto de las cuentas laborat vitio nullitatis, que impide su execucion, vt ex supra relatis apparet, maximê in *num.* 71.

105 ¶ En tãto grado son nulas las cuẽtas por el defecto de la citacion, que si su alcance se huuiera confirmado por sentencias de vista, y reuista de V.S. fueran asimismo nulas, no obstante la *l.* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *de la Recopil.* que cierra las puertas á la suplicacion de sentencias de reuista, por qualquiera nulidad que se proponga, tanto, que aun siendo los menores, estàn preuilegiados aduersus sententiam reuitionis, nô les concede la restitucion in integrũ, porque el defecto insanable de la citacion iure Diuino, Natural, y Positiuo estatuida, por lo que mira à lo permitido de la defensa, que ni aun el Principe puede quitar, abriô las puertas para poder dezir de nulidad, Dom. Larr. *alleg.* 107. *ex num.* 8. que com prueua este sentir con Azeued. Gutierrez, Mexia, Paz *de tenuta*, Auendaño, Dom. Pichard. Caualino, Arismino Tepato, y Torreblanca, que es el lugar mas copioso, *de iure spirituali*, *lib.* 15. *cap.* 12. *ex num.* 7.

IV. EX-

IV. EXCEPCION.

Que dado caso que las cuentas se huuiessen tomado legitimamente, se deuian baxar los 11 ij. reales que el testador remitiò a estas partes, con la condicion, si no contravenian à las adiciones de las cuentas intermedias.

Y

Que dado caso que no se baxassen, se deuia consultar à los herederos del dicho Antonio Alvarez, si querian passar por las adiciones, y en el interin suspender en quanto à esta cantidad el juyzio.

106 DESDE el *num.* 5. hasta el 21. se puso en el hecho la forma de hallarse la cedula que dexò en poder del Retor de la Compañia Diego de los Rios, que contiene la remission de los dichos 11 ij. reales, si se allanassen los herederos de Antonio Alvarez à passar por las adiciones de las cuentas intermedias.

107 ¶ Que lo cõtenido en esta cedula, firmada del dicho Diego de los Rios, se aya de observar, y guardar como clausula de su testamento, prouada su identidad, etiam, en caso mas apretado que en la tal cedula se huuiesse instituido alguno

por

por heredero. Dom. Couarr. *in cap. cum tibi, de testam. num. 6.* Parif. *consil. 19. vol. 3. num. 26.* Iul. Clar. *§. testamentum, quaest. 36.* verf. *Illa tamen,* Gratian. *cons. 977. num. 33. & 34.* Anton. Fabr. *de error. pragmat. part. 3. decad. 69. error. 3. in princ.* Merend. *controu. lib. 3. cap. fin. sub num. 12.* Mantica *de coniect. vltim. volunt. libr. 4. tit. 3. num. 11.* Robito *decis. 95. ex num. 10.* Capic. Latr. *consult. 132. num. 2.* Ciriac. Nigr. *controu. 444. per tot.* Paulo Rub. *resolut. pract. cap. 37. num. 45. & 46.* Que todos hablan en los indiuiduales terminos de cedula, dexada en poder de vn tercero, de quien se hizo relacion en el testamento, para que se obserue, y guarde como clausula del.

108 ¶ Que estê prouada la identidad de la cedula, se manifiesta, por auerse puesto en el oficio de Manuel Verdejo, y autenticadose, de adonde sacô vn traslado el defensor para presentarlo en las cuentas: Y assimismo, porque auiendose presentado, y pedidose se baxassen los 11 ɋ. reales, y dadose traslado à las partes contrarias, respondieron: Que *hasta aora no han tenido noticia della, y llegado el caso q̃ las cuẽtas estẽ aprouadas* (hablã de las intermedias) *y baxada la deuda de Alonso de Castilla, y se les haga pago sin pleyto alguno, ni dilacion, estàn prestos à baxar los 11 ɋ. reales, guardando en todo la disposicion de la cedula.* Cuentas. *fol. 95. B.* Conque certificados de la identidad de la dicha cedula, no solo no la reprueuan, ni redarguyen; sino antes estàn prestos las partes contrarias de que se baxen los 11 ɋ. reales, cumpliendose por esta parte la condicion.

109 ¶ Esto supuesto por constante, los Contadores deuieron juridicamente baxar los dichos 11 ɋ. reales, y no dexar esta partida condicionada. La razon es euidente en la cortedad de mi sentir, porque si lo que podia retardar à los Contadores era el no auerse cumplido por parte de los herederos de Antonio Alvarez, con lo dispuesto por la cedula, y ser necessaria su aprouacion; y este impedi-

men-

mento lo allanaũa èl defensor de los bienes, pues sin dezir contra las cuentas adicionadas, pide se baxen los dichos 11 y. reales. Luego por legitima consequencia se infiere que teniendose por parte legitima, como se pretende, el dicho defensor, los Contadores deuieron baxar los 11 y. reales, pues ya se hallaua cumplida la condicion por el allanamiento del defensor.

110 ¶ O de contrario nos abrân de confessar el defensor no era parte legitima, ni podia suplir las vezes destas partes, no solo en esta pretensiõ, sino en las demas del juyzio de las cuentas, pues no le admitian el baxar los 11 y. reales, à que se allanauan tambien las partes contrarias, y en este argumento indefectible, en mi sentir, desearê cargue V.S. la consideracion.

111 ¶ Pero dado caso que el allanamiento del defensor no fuesse bastante, sino que precissamente los herederos de Antonio Alvarez por si huuiessen de aprouar, ô reprouar la dicha cedula, se deuiò pedir termino competente por el defensor para consultar â los herederos si querian, ò no passar por la condicion que el derecho concede, quando los procuradores, ò defensores no se hallan instruidos de las defensas de las partes, ô de su voluntad, y en el interin suspenderse el juyzio de las cuentas, hasta q̃ se verificasse la condicion, *ex cap. dilect. de procurat. & aut. qua in Prouincia, vbi de crim. agi opport.* Mastrill. *decis.* 116. *num.* 2. Mantic. *decis.* 353. *num.* 2. Muscatel. *in praxi, part.* 3. verb. *Similis, num.* 5. Viuio *decis.* 384. *num.* 2. Virgil. Matin. *de legitim. pers. cap.* 10. *num.* 10. Maresc. *variar. lib.* 1. *resolut.* 91. *ex num.* 15. Ricio *collat.* 1343. *part.* 4. D. Geronim. de Leon *decis.* 97. *per tot.* Giurb. *obseru.* 101. *per tot.* Que es la mas copiosa, y no solo quiere que milite esta consulta en los juyzios ordinarios, sino en los executiuos, corroborandolo con muchas autoridades que refiere.

112 ¶ Sin que obste el oponerse que se causaria vna dilacion muy grande, y seria necessa-

rio

rio concederle termino vltra marino, porque si el negocio lo pide para la instruccion, no se à de mirar al tiempo, sino à la justificacion de procederse juridicamente; y assi, la *l.1. C.de dilat.* aun no estando descubiertas las Indias, concedia para la consulta nueue meses, quando vltra mare se auia de hazer si rerum vrgentissima ratio flagitauerit, & necessitas desideratæ instructionis exegerit, vt inquit text. Ya se reconoce si diera mas termino, si se huuiera ya comunicado el nueuo Orbe.

113 ¶ Pero juzgo que esto fuera ocioso, pues en ningun tiempo se pudiera cumplir la condicion, pues para ello se necessitaua de las cuentas intermedias adicionadas, para que las reconociessen si les perjudicauan, ô no. Y faltando este requisito, pues no se han presentado las intermedias adicionadas, ni están en los autos, ni aun se hizieron diligencias por el defensor para que se pusiessen, mal pudieran los herederos de Don Antonio Alvarez instruir el animo, y deliberar para el cumplimiento de la condicion, sin reconocer las adiciones.

114 ¶ Empero quando lo referido en esta excepcion non haberet locum. Y dado caso que las cuentas no tuuiessen defecto alguno que pudiera impedir su execucion, ô duda en quãto à los 11ȷȷ. reales, no se pudo despachar en consideracion de que los Contadores dexaron esta partida condicionada, hoc est, que se baxassen si cumplian los herederos de Antonio Alvarez con lo contenido en la cedula: Y no haziendo caso desta partida, se pidiò mandamiento de execucion por todo el alcance por entero; siendo assi, que en quanto los 11ȷȷ. reales, se deuieron quedar in suspenso, hasta el cumplimiento de la condicion, porque si los herederos de don Antonio Alvarez, por quitarse de pleytos, aprouaran las cuentas intermedias, se auian de baxar los 11ȷȷ. reales del alcance, y no fuera razõ que si se confirma la sentencia de vista, y en su virtud cobran su credito las partes contrarias: despues si aprueuã los herederos de Antonio Alvarez las cuentas, expo-

ponerlos à nueuo litigio para conseguir de las partes contrarias los 11 ђ. reales, quando se deuen euitar los circuitos, ex vulgaris axioma.

115 ¶ Que el instrumento condicional executioni mandari non possit, vsque verificetur, quia pendente conditione non datur obligatio, es constante de todos los DD. D. Couarr. *lib. 2. var. c. 11. n. 2.* Auiles *in c. Prætor*, verb. *Executio*, Parlad. *rer. quot. c. fin. p. 1. §. 12. lim. 5. n. 39. & 40.* Ceuall. *q. 39. n. 4.* Valasc. *de iur. emph. p. 1. q. 7. nu. 34.* Carlasc. *in tract. de execut. ad l. 41. tit. 4. lib. 3. Recopil. n. 25. & 26.* D. Larr. *alleg. 78. n. 3.* D. Vel. *dissertat. 24. nu. 26.* Faria Addit. à D. Couarr. *in dict. cap. 11. n. 13.* qui alios laudat.

116 ¶ Ex quibus patet, que deuieron baxar los Contadores los 11 ђ. reales, pues contra las cuentas adicionadas el defensor no dixo cosa alguna, obseruando la voluotad del testador. Y asimismo, que se deuiô pedir termino de consulta para la verificacion de la condicion, que no la dieron por cumplida los Contadores: Y vltimamente q̃ à qualquiera luz q̃ se mire, quando no fueran defectos los referidos, lo es la cõdicion no cũplida para impedir la execucion de las cuentas, saltim por los 11 ђ. Rs.

V. EXCEPCION.

Que conforme à lo pactado en las escrituras, otorgadas por los herederos de Antonio Alvarez en las Indias à fabor de Diego de los Rios, no se deuiò hazer el alcance de plata, sino de quartos.

117 EN el *num.* 4. deste papel se puso la obligacion entre los herederos de Antonio Alvarez, y Diego de los Rios, que se reduze

duze à que por 3U600. pesos que el susodicho les entregô, auia de cobrar Diego de los Rios de los dichos bienes vinculados, y libres 3U600. ducados de Castilla, de valor cada vno de 375. marauedis, en consideracion de darles â peso de plata ensayado por cada ducado de Castilla, como se manifiesta de esta clausula.

118 ¶ *Porquanto por ellos nos à dado, y pagado en esta ciudad tres mil y seiscientos pesos de plata ensayada, y marcada de à cuatrocientos y cincuenta marauedis cada vno, dandonos à peso ensayado por ducado de Castilla, como se acostumbra.* Escritura *fol.* 100. Claus. *fol.* 126.

119 ¶ Igitur, siendo el pacto expresso de que la cobrança auia de ser en moneda de vellõ, fue vn agrauio notorio en contravencion de este pacto sacar el alcance en plata.

120 ¶ Que semejantes pactos de pagar en esta, ò aquella moneda, se deuan obseruar, y guardar en lo general, es brocardico comun en lo individuo, y especifico: el señor D. Iuan Bautist. de Larr. *decis.* 22. *num.* 6. refiriendo el decreto deste Senado, inquit: *Senatus decreuit, pactionem obseruari quãdo expressè de nummis certè materiæ obligatione cauetur.*

121 ¶ Y en el *num.* 7. *Quæ decisio his argumentis, & rationibus comprobatur, quia in iure illud semper religiosissimum, pacta seruari, l. 1. in princ. de pact. l. legem, C. eodem, l. 1. §. si conueniat, deposit. & frustra contrahentes sibi cauerunt de certa nummorum specie, si in quacumque solutionem admittere cogerentur, & vltra violationẽ pacti, & illusorium reddi, etiam iuris tradditio certissima læderetur, vt aliud per aliud solui possit contra creditoris cautionem.*

122 ¶ Y para este sentir Noguerol *alleg.* 2. *num.* 35. cita â Bart. Dom. Couarruv. Surd. Scabia, Gutierr. Laiman, Narbon. Ciriac. y al señor Amaya, & infr. inquit: *Quatenus resoluũt pactum soluendi in certo genere monetæ valere, & obseruari debere.*

Y por

123 ¶ Y por ser esto tan comun, no me detengo à exornarlo con el señor don Iuan del Castillo, el señor don Ioseph Vela, el señor Salgado, Tõduto en las questiones ciuiles, en el primero tomo, desde la 1. hasta la 18.
124 ¶ Y asimismo por no estar en los terminos de la Pragmatica del año de 25. recopilada en la *ley 9. tit. 21. lib. 5. de la Recopil.* que dispone, que las obligaciones de pagar en oro, ô en plata, no auiendo recebido la cantidad en ella, se cumpla con pagar en vellon, con diez por ciento, omito lo que disputan los lugares referidos a cerca de esto.
115 ¶ Pero no puedo dexar de representar à V.S. lo injustissimo de este agrauio, pues no auiendo obligacion de pagar en plata, si por la via ordinaria, ô la executiua se condena â don Antonio Alvarez, serà por mas de 70ꝟ. reales, en consideracion de tener oy la plata de valor mas de ciento por ciento, que con 24ꝟ. reales que le baxan de salarios â las partes contrarias en las cuentas por los vltimos quatro años que administrô Diego de los Rios, lleuando cada año 6ꝟ. de salario, que por la administracion de vn Estado de los Grandes de Castilla no se dâ: vienen à grãgear por los tres mil y seyscientos pesos à trecientos por ciento, poco mas, ò menos, quando dados à censo, solo podian redituar à cinco por ciento.
126 ¶ Y lo que mas esfuerça esta consideracion, es, que auiendole mouido la conciencia al dicho Diego de los Rios à la remission de los once mil reales, con conocimiento de la exorbitancia de salario de diez y seys reales cada dia, ni estos se baxan como era justo, ni se diô lugar â la consulta de los herederos de Antonio Alvarez, para el cumplimiento de la condicion, que todo està brotando injusticias.

VI. EX-

VI. EXCEPCION.

Que por no estar aprouadas las cuẽtas, ni en via executiua, ni ordinaria, se puede en su virtud condenar à esta parte.

127 QVE no estèn aprouadas las cuentas, se manifiesta por ellas mismas, pues aunque las partes pidieron que las aprouasse el Iuez, no lo hizo, como consta del *fol. 99. B.* ni en todo el pleyto ay tal aprouacion, y fue error del Relator el assentar que estauan aprouadas, teniendo por aprouacion bastante la peticion en que piden se aprueuen: Y en este particular suplico à V.S. mande se lea todo el pedimento de aprouacion, y se reconocerá que al pie del, ni en otra parte ay sentencia de Iuez.

128 ¶ Que la aprouacion sea necessaria, la misma *l.24.tit.21.lib.4.de la Recopil.* (que mãda executar el alcance de conformidad de Contadores) lo dispone expressamente, y pide por requisito essencial, ibi: *Mandamos, que en lo que se conformaren los Contadores nombrados por las partes, siendo confirmado por sentencia del Iuez que de la causa conociere, la tal sentencia se execute sin embargo de la apelacion.* Luego si no ay sentencia de Iuez, que es la que se à de executar; como se pudo sentenciar de remate la causa, ò condenarle en via ordinaria?

129 ¶ Escobar *de ratiocin. in cap.* 31. lleua por constante en el *num.* 14. que es requisito essencial la aprouacion del Iuez, porque aquella palabra, *siendo confirmadas*, induze condicion, y forma, que no cumplida, no tiene subsistencia el acto, ibi: *Aduersus tamen supra relata*, facit text. *in leg. fin.* ibi: *Siendo confirmadas por el Iuez que de la*

cau-

causa conociere: Gerũdium namq; illud, siendo, de quo in dicta lege Regia inducit conditionem, seu formam quandam, in actu gerendo adhibendam, ex Bald. in l. falsus, C. de furt. Bart. in l. 1. num. 36. de condit. & demonstr. Gregor. Lupus in l. 27. tit. 5. part. 5. Glos. verb. El precio, circa finem, cum ergò conditione in specifica forma non adimpleta, actus non subsistat, vt in l. Meuius, de condit. & demonstr. vtpotè, quia sit sine forma, quia forma dat esse rei, vt in l. Seia, de aur. & argent. legat. executio nulla erit pronuntianda, eo quod forma substantialis defuit, & hanc sententiam verissimam reputo.

130 ¶ Carrasc. *in l. 41. tit. 4. lib. 3. Recopilat. in num. 63.* inquit: *Primo pro reliquis requiritur, vt sint conformes calculatores vtriusque partes, & iudex, qui à calculatoribus gesta confirmet; hoc voluit decidere, dict. l. fin. tit. 21. lib. 4.* que oy es la *l. 24.* del mismo titulo.

131 ¶ La razon es, porque la solennidad, y forma requerida por la ley, siempre se juzga de sustancia del acto que se celebra, y no guarda la solennidad, es nulo el acto, quam ius in minimo deficiat, *ex l. cum hi* 8. *§. si Prætor,* vers. *Si det omnibus, de transact. l. Iulianus 9. §. si quis in rem ad exhibend.* Surd. *consil.* 311. *num.* 75. *& consil.* 369. *num.* 37. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 7. nũ. 3. & 4.* & alios quos laudat Parej. *tit. 6. resol. 6. n. 16.*

132 ¶ Y que el dicho Iuez delegado, no siendo mero executor, sino mixto, pues se le delegò la juridicion para el efecto de tomar las cuentas, deuiô confirmarlas, idem Escob. *in cap. 31. num. 17.* donde solo limita la *l. 24.* quando es mero executor, videlicêt, para executar el alcance de cuentas, pero no quando se dâ la juridicion para tomar las con pleno conocimiento de causa, como la tuuo el dicho Iuez delegado, cuya distincion de mero ad mixto explica latamente el señor Salgad. *de Reg. protect. part. 4. cap. 3. per tot.*

133 ¶ Ni serà de fundamento alguno si

de contrario se opusiere al mismo Escobar. *nu.* 27. infr. donde afirma, que quando las cuentas no confirmadas se lleuan al Tribunal superior, no se atiende à esta nulidad, porque solo se trata de confirmar, ò reuocar los agrauios deduzidos en las cuentas.

134 ¶ Porque este lugar no se puede adequar à los terminos de nuestro caso, muy distinto del de q̃ habla Escobar, pues oy solo se trata de si se han de executar, ò no las cuentas, por auer conformidad de Contadores; pero no si han de reuocar los agrauios deduzidos en ellas, pues no se han admitido ningunos, por presumirse estauan confirmadas las cuentas, y no poder retardar su execucion, agrauios que no se auian dicho, porque el defensor pidiò llanamente se confirmassen.

135 ¶ Y el lugar de Escobar habla quando se expressaron agrauios, y para su confirmacion, ò reuocacion se truxeron à la Chancilleria, donde ya no se atiende à nulidad alguna, sino à la justificaciõ de los agrauios. Ex quo infertur, que faltando el requisito essencial de no estar confirmadas las cuentas por sentencia de Iuez, siendo todo el acto nulo, ni se pudieron executar, ni condenar en su virtud en via ordinaria, vt ex supr. relatis satis manet exornatum, & late Carleual *disput.* 16. *tit.* 3. *per totam.*

VII. EXCEPCION.

Que por estar prescripta la via executiua, no se pudo passar à sentencia de remate.

136 EL año de 43. se fenecieron las cuentas, y en 25. de Mayo 1660. se pidiò en su virtud por las partes contrarias execucion por el alcance dellas, auiendo passado desde que se fenecieron, hasta el dicho año de sesenta, no solo los diez años que por la *l.* 63. *de Toro* se requieren para

para la prescripcion de la via executiua, sino siete años mas: con que estando prescripto el derecho de executar, no se pudo despachar mandamiento de execucion, ni passar à sentencia de remate, cuya ley exorna con muchos Regnicolas Carleual *tit.3. disput.4. ex num.5* præter quos Dom. Vela *dissert.8. num.8. & dissert.26. ex num.60.* Y por conclusion de ley, y constante, no me detengo en su exornacion.

137 ¶ Sin que à esto pueda obstar el impedimento que de contrario se alega, de no auer podido antes executar las dichas cuentas, por auer estado en el Consejo de la Cruzada, y que assi no le puede perjudicar la prescripcion, nam impedito agere non currit: *ex reg. l.1. §. fin. C. de annal. except.* que exornan Dom. Valenç. *cons.33. nu.235. & 236. & cons.129. ex nu.75.* Dom. Vela *dissert. 9. ex num.2.*

138 ¶ Porque tal impedimento no està prouado, pues no consta que las partes contrarias ayan hecho diligencia alguna en la Cruzada, para q̃ se le entregassen las cuentas, y que se las aya denegado; y como las pidieron el año de 59. pudieron pedirlas antes, y se las entregaran como entonces. Y dado caso que huuiera algun impedimento, auia de hazer diligencias para quitarlo, porque aliàs corre la prescripcion, Dom. Vela *dissert.34. ex n.74.*

139 ¶ Y faltando la verificacion del impedimento, corre con llaneça la prescripcion de la *l.36. de Toro:* Y el silencio de tanto tiempo està manifestando esta verdad, en cuya consideracion se reuocò la sentencia de remate por la de vista, segun lo que se puede colegir.

140 ¶ Estas son las excepciones que de el vientre de las mismas cuentas nacen, y se originan, que todas juntas, y cada vna de por si estàn manifestando el desorden, y poca justificacion que huuo en tomar las cuentas, en cuya virtud (segun de mi corto sentir) me parece no solo ser exequibles, pe-

ro

ro no sèr bastante instrumento para condenar à dõ Antonio Alvarez en via ordinaria.

141 ¶ Y aunque es constante que los señores Iuezes superiorès pueden vn juyzio executiuo convertirlo en ordinario, aunque contenga muchas nulidades el processo executiuo. Esto se entiende quando el debito es cierto, y no se duda de su verdad, *ex l.fin.de eo quod metus caus.§.fin.* Dom. Vela *dissert.*42.*num.*68.ibi: *Perquem text.executionẽ aliàs, qui male, ac nulliter factam, si de debitor vere constet non esse retractandam.*

142 ¶ Gamm.*decis.*237.*num.*3.ibi: *Nõ enim anullanda est executio facta quantumuis nulliter si condemnatus verè est debitor.*

143 ¶ Carleual *de iudicijs, tit.*2.*disput.*8. *num.*3.ibi: *Solet apparere, actorem non rectè egisse via executiua, quoniam illi nõ competebat, etiam si iuste potuisset agere via ordinaria, quasi egisset obtenturus fuisset pro se sententiam: isto casu via executiua in iuste cepta, aut non rite, & recte prosequuta conuerti debet in ordinariam.*

144 ¶ El num.6. *Videlicèt non esse retractandam executionem, non iure factam, aut capturam personæ factam ob debitum, non seruato iuris ordine, quando incontinenti potest constare, aut constat, illum esse verum debitorem.*

145 ¶ Las razones que dàn Carleual, y los demas Autores que cita, son, porque los señores Iuezes superiores juzgan atenta la verdad, sin atender los apices del derecho, y por euitar los inutiles circuitos, y obviar ne ex litibus lites oriantur, por cuyas causas convierten los juyzios executiuos en ordinarios.

146 ¶ Esto supuesto, para la justificacion de la sentencia de vista, que condena en via ordinaria, es necessario que conste del debito cierto, y verdadero, y tantum distat desto la verificacion de el alcance de las cuentas, que como se manifiesta de su inspeccion, y de las excepciones referidas, minime,

me, se puede venir en conocimiento de el debito, por defecto de faltar las cuentas intermedias adicionadas, no auerse presentado los poderes en cuya virtud entrô Diego de los Rios â administrar, faltar los libros de cuenta, y razon, no auer intervenido la citacion que por todos derechos està concedida, estar condicionado el credito por la cedula del testador, auerse hecho el alcance en plata, deuiendo ser en vellon, conforme à lo pactado, no estar aprouadas las cuentas por sentencia de Iuez, y finalmente prescripta la via executiua: Todo esto no està manifestando, y brotando los fraudes que intervinieron en las cuentas, la obscuridad, y incertidumbre de su alcance?

147 ¶ Y en cuentas de vn miserable ausente, què dolos, y fraudes no se cometerian? Cuyos bienes à quê injurias no estân expuestos? Quê ocasiones no se ofrecen, para que la codicia haga presa? Y quien serâ bastante â disuadir à vn animo, que se ceba en acometer lo ageno? Bien lo considerô Casiodoro *variar. lib. 1. cap. 15.* cuyo epigrafe es: *Vt tueatur facultatis absenti, nec permittat eas, à quocumque violento impetu perturbari*, quādo dixo: *Peruia sunt enim semper iniuryjs facultatis absentium, & quodammodo videtur occasio homines in delictum trahere; qua non potest animum per vadentis de resultatione terrere.*

148 ¶ Bien lo manifiesta esto 24U. reales de salario en quatro años, ocultacion de cuentas intermedias adicionadas para euitar el cumplimiento de la condicion, vn defensor que lo era del consentimiento de todo: *Quia nimium ex istis curatoribus de his bonis absentium præiudicatur absentibus, vt docuit experientia*, vt inquit Valasc. *de part. c. 7. n. 14. infr.*

149 ¶ Vea V. S. si las partes contrarias, en virtud de las cuentas en via ordinaria pidiessen el alcance, como era possible, debaxo de la correccion de V. S. se condenasse â vnos ausentes indefensos, y con defectos tan notorios, y nulidades como contienen las cuentas.

150 ¶ La disputa sobre si el poder que el año de 55. remitiô D. Antonio Alvarez â Iuan Nuñez de Villafuerte, con quien se à proseguido este juyzio, es bastante, y no lo es para este efecto; lo omito en consideracion de que que lo sea, ò no, no es de sustancia, pues oy se trata de si las dichas cuentas se han de executar, ô no, ô condenar en via ordinaria en virtud dellas, en las quales por auerse tomado el año de 43. no intervino el dicho Iuan Nuñez de Villafuerte.

151 ¶ Ex quibus omnibus V.S. à de ser seruido confirmar la sentencia de vista, en quanto por ella reuocô la de remate, supliendola, y enmendandola en quanto en via ordinaria se condenô a la hazienda del dicho D. Antonio Alvarez, â quien le assiste tan notoria justicia, mandando que las cuentas se buelvan â tomar legitimamente, ò con el nueuo administrador, ò citando à los residentes en Indias, pues no se ignora su lugar cierto.

152 ¶ Que no serà mucho las partes cōtrarias esperen poco mas de vn año que puede tardar la diligencia de la citacion, quando para pedir la execucion de las cuentas esperaron diez y siete años, affectada diligencia de la malicia procurar cōfundir, y ofuscar con el olvido las noticias para la defensa de la justicia q̃ le assiste â vn ausente: *Itaq; præsumitur fouere malam causam, qui diu distulit mouere iudicium, quod iam antea mouere debebat aduersus eos, qui ea de re, & negotio instructi erant* inquit (muy al caso) Menoch. *lib. 2. præsumpt.* 91. *num.* 7. que exorna D. Vela *dissertat.* 38. *num.* 80. Salva in omnibus V. D. C.

Licenc. Don Diego de Morales y Frias.